

SCHIEDSSTELLE

nach dem Gesetz über die Wahrnehmung
von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten
durch Verwertungsgesellschaften
beim Deutschen Patent- und Markenamt

München, den 24. Oktober 2023

Tel.:089 / 2195 – (...)

Fax:089 / 2195 – (...)

Az: Sch-Urh 11/22

In dem Verfahren

(...)

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

(...)

betreffend die Durchführung einer selbständigen empirischen Untersuchung nach § 93 VGG

erlässt die Schiedsstelle nach dem Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten durch Verwertungsgesellschaften beim Deutschen Patent- und Markenamt durch (...) als Vorsitzenden und (...) als Beisitzerinnen folgenden

Hinweisbeschluss:

Die Schiedsstelle geht weiterhin davon aus, dass der Antrag auf Durchführung einer selbstständigen empirischen Untersuchung als unstatthaft zurückzuweisen ist. Dazu im Einzelnen:

1. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ist die Schiedsstelle zur Prüfung der Statthaftigkeit und mithin der Frage befugt, ob der Antrag auf Ermittlung einer nach § 54a UrhG maßgeblichen Nutzung von Geräten und Speichermedien als Typen für Vervielfältigungen nach § 53 Abs. 1 oder 2 oder §§ 60a bis 60f UrhG (nachfolgend auch: privilegierte Vervielfältigungen) abzielt.

Soweit die Antragstellerin unter Verweis auf die Zuständigkeit der Gerichte der Schiedsstelle die Befugnis zur Prüfung von Rechtsfragen abspricht, kann dem nicht gefolgt werden. Die Bindung der Schiedsstelle an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) erfordert zwingend die Anwendung der Gesetze und eine Entscheidung über die sich dabei ergebenden Auslegungsfragen.

Auch § 113 S. 1 VGG steht der Prüfung der Statthaftigkeit durch die Schiedsstelle nicht entgegen. Diese Vorschrift schränkt in Verfahren nach § 93 VGG das durch § 104 Abs. 1 VGG gewährte Ermessen der Schiedsstelle bei der Beweiserhebung ein. Nicht verwehrt ist der Schiedsstelle dagegen, auf den Beweis nicht beweisbedürftiger Tatsachen abzielende Beweisanträge abzulehnen. Dies folgt aus dem über die Verweisung in § 113 S. 1 VGG entsprechend anwendbaren Tatbestandsmerkmal „erforderliche Beweise“ des § 104 Abs. 1 S. 1 VGG. Hat der empirisch zu untersuchende Sachverhalt nicht die Nutzung von Geräten oder Speichermedien im Sinne von § 54a Abs. 1 S. 1 UrhG zum Gegenstand, ist die Beweiserhebung nicht erforderlich und mithin abzulehnen. Dann kann auch die nach § 112 VGG erforderliche Beteiligung der Verbände der betroffenen Hersteller, Importeure und Händler von Geräten oder Speichermedien nicht durchgeführt werden.

Dieses Ergebnis wird auch durch § 114 Abs. 1 VGG bestätigt, der die Schiedsstelle verpflichtet, entweder festzustellen, dass das Ergebnis der empirischen Untersuchung den Anforderungen entspricht, die im Hinblick auf die Aufstellung eines Tarifs gemäß § 40 VGG zu stellen sind (§ 114 Abs. 1 S. 1 VGG) oder eine Ergänzung oder Änderung der Studie zu veranlassen (§ 114 Abs. 1 S. 2 VGG). § 40 Abs. 1 VGG regelt die Aufstellung eines Tarifs für Geräte und Speicher-

medien nach § 54a UrhG. Betrifft der empirisch zu untersuchende Sachverhalt aber keine Nutzung von Geräten oder Speichermedien im Sinne des § 54a UrhG, kann die Schiedsstelle weder die gesetzlich geforderte Feststellung treffen noch diesen Mangel durch eine Ergänzung oder Änderung der Studie heilen.

2. Mit der von der Antragstellerin begehrten empirischen Untersuchung kann entgegen § 93 VGG nicht eine nach § 54a UrhG maßgebliche Nutzung ermittelt werden. Der Antrag ist daher nicht statthaft. Nach § 54a UrhG ist für die Vergütungshöhe maßgeblich, in welchem Maß die nach § 54 Abs. 1 UrhG vergütungspflichtigen Geräte und Speichermedien als Typen tatsächlich für Vervielfältigungen nach § 53 Absatz 1 oder 2 oder den §§ 60a bis 60f UrhG genutzt werden.

a) Untersuchungsgegenstand soll nach dem Antrag der Antragstellerin vorliegend sein, in welchem Umfang die Überlassung von über das Internet zugänglichem Speicherplatz durch den Cloud-Betreiber an den Cloud-Kunden für das Erstellen von Privatkopien in Anspruch genommen wird.

Die Antragstellerin begehrt die empirische Untersuchung der „Nutzung von Clouds (Business-Clouds und Verbraucher Clouds)“. Cloud definiert sie als „das von einem Cloud-Anbieter einem Cloud-Kunden in der Bundesrepublik Deutschland auf schuldrechtlicher Basis im Wege des Cloud Computing zur Nutzung überlassene Produkt-/Leistungspaket mit digitalem Online-Speicherplatz“. Somit soll untersucht werden, inwiefern der Cloud-Kunde das ihm zur Nutzung überlassene Produkt-/Leistungspaket tatsächlich für Vervielfältigungen nach § 53 Absatz 1 oder 2 oder den §§ 60a bis 60f UrhG nutzt.

Hingegen soll nicht untersucht werden, in welchem Umfang die von einem Cloud-Anbieter betriebenen Server als solche für gesetzlich privilegierte Vervielfältigungen genutzt werden.

b) Der dem einzelnen Cloud-Kunden überlassene Speicherplatz kann entgegen der Auffassung der Antragstellerin nicht als Gerät oder Speichermedium im Sinne von §§ 54, 54a UrhG angesehen werden. Wie die Antragstellerin unter Berufung auf Rdn. 30 des Urteils des EuGH in der Rechtssache C-433/20 (Urteil v. 24. März 2022 - Austro-Mechana Gesellschaft zur Wahrnehmung mechanisch-musikalischer Urheberrechte Gesellschaft mbH/Strato AG) zutreffend ausführt, ist zwar der „Server, auf dem der Anbieter von Cloud-Computing-Dienstleistungen einem Nutzer Speicherplatz zur Verfügung stellt“ ein beliebiger Träger im Sinn von Art. 5 Abs. 2

Buchstabe b) der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (Richtlinie 2001/29/EG). Daraus folgt aber nur, dass der Server selbst, auf dem den Cloud-Kunden Speicherplatz überlassen wird, ein beliebiger Träger im Sinn des Art. 5 Abs. 2 Buchstabe b) der Richtlinie 2001/29/EG und des § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG ist. Zu der hier relevanten Frage, ob der Server auch als Gerät oder Speichermedium im Sinne von §§ 54, 54a UrhG zu qualifizieren ist, kann der genannten Passage des Urteils des EuGH hingegen nichts entnommen werden. Doch selbst wenn der Server als Gerät oder Speichermedium im Sinn von §§ 54, 54a UrhG qualifiziert wird, ist damit noch nicht gesagt, dass es sich auch bei den dem einzelnen Cloud-Kunden eröffneten Speichermöglichkeiten ebenfalls um ein Gerät oder Speichermedium im Sinne dieser Vorschriften handelt. Dies liegt auch fern. Denn das Gerät bzw. Speichermedium „Server“ würde andernfalls seinerseits aus einer sich ständig ändernden Vielzahl von Geräten bzw. Speichermedien bestehen. Mit jeder – ggf. automatisiert angestoßenen – Zuweisung eines Teils des auf dem Server vorhandenen Speicherplatzes an einen Cloud-Kunden durch den Anbieter von Cloud-Computing-Dienstleistungen entstünde ein neues Gerät bzw. ein neues Speichermedium und mit jeder Löschung eines Kundenkontos und der damit entfallenden Zugriffsmöglichkeit des Kunden würde auch das diesem zugewiesene Gerät oder Speichermedium erlöschen. Das ist mit dem Wortlaut und –sinn von „Gerät“ bzw. „Speichermedium“ der nationalen Regelung in §§ 54, 54a UrhG nicht zu vereinen. Denn beide Begriffe bezeichnen nach dem allgemeinen Sprachverständnis körperliche Gegenstände. Dies ist in Bezug auf einzelne, körperlich nicht abgetrennte oder abtrennbare Teilbereiche des Speichers eines Servers nicht der Fall.

c) Für dieses Verständnis spricht auch die deutsche Gesetzessystematik. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass Geräte und Speichermedien hergestellt (§§ 54 Abs. 1, 54a Abs. 4 UrhG), aus- (§ 54 Abs. 2 UrhG), (wieder)eingeführt (§§ 54b, 54e UrhG), veräußert und in den Verkehr gebracht (§§ 54d, 54f UrhG) werden können und dass mit ihnen gehandelt werden kann (§§ 54b, 54f UrhG). All dies setzt voraus, dass an Geräten und Speichermedien Eigentum und Besitz bestehen kann, was wiederum nur bei Sachen und mithin gemäß § 90 BGB nur bei körperlichen Gegenständen der Fall ist. Diese Voraussetzung ist zwar in Bezug auf die einzelnen Hardwarekomponenten, derer sich der Cloud-Anbieter bedient – dem Server und dessen Komponenten – gegeben. Keine Sachen sind dagegen die einzelnen vom Anbieter der Cloud-Computing-Dienstleistungen seinen Kunden zugewiesenen Teile des auf dem Server vorhandenen digitalen Speicherplatzes. Diese sind nicht körperlich abgetrennt oder abtrennbar und können

weder hergestellt noch aus- noch (wieder)eingeführt werden und sie können auch nicht gehandelt werden.

d) Auch die amtliche Gesetzesbegründung spricht für dieses Verständnis, wenn sie unter dem Begriff „Speichermedien“ alle physikalischen Informations- und Datenträger mit Ausnahme von Papier oder ähnlichen Trägern versteht und als Beispiele alle elektronischen (z. B. Smartcard, Memory Stick), magnetischen (z. B. Musikkassette, Magnetband, Festplatte, Diskette) und optischen (z. B. Film, DVD, CD-ROM, CD-R, CD-RW, Laserdisk) Speicher nennt (BT-Drs. 16/1828, S. 29). Im Umkehrschluss sind einzelnen Nutzern an derartigen Speichermedien zugewiesene Anteile ihrerseits keine Speichermedien im Sinne von §§ 54, 54a UrhG .

e) Dieses Verständnis liegt ferner auch § 54a Abs. 2 Fall 1 UrhG zu Grunde. Danach können Geräte zwar Speichermedien enthalten, aber – im Umkehrschluss – keine anderen Geräte. Auch, dass Speichermedien andere Speichermedien enthalten, ist dort nicht vorgesehen. Geräte können hiernach aber mit anderen Geräten oder Speichermedien funktionell zusammenwirken. Liegt eine solche Gerätekette oder eine Kette aus Gerät und Speichermedium vor, muss die Vergütung für das funktionale Ganze jedoch insgesamt angemessen sein, § 54a Abs. 2 UrhG.

f) Die Antragstellerin kann sich zur Begründung ihrer Auffassung, bei einer Cloud handele es sich um ein Gerät oder ein Speichermedium auch nicht darauf berufen, dass Art. 5 Abs. 2 Buchstabe b) der Richtlinie 2001/29/EG die Vervielfältigung auf „beliebigen Trägern“ gestattet. Zwar geht die Antragstellerin zutreffend davon aus, dass es sich bei der Vervielfältigung eines Werks durch den Cloud-Nutzer um eine Vervielfältigung auf beliebigen Trägern i.S.d. Art. 5 Abs. 2 Buchstabe b) der Richtlinie 2001/29/EG und des § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG handeln kann bzw. bei Vorliegen der weiteren tatbestandlichen Voraussetzungen des § 53 Abs. 1 UrhG handelt und dass eine solche Vervielfältigung somit gesetzlich erlaubt sein kann.

Der deutsche Gesetzgeber hat aber in den §§ 54 ff. UrhG nicht jeden beliebigen Träger einer Vergütungspflicht unterworfen, sondern nur Geräte und Speichermedien. Demgemäß ist beispielsweise auch Papier zwar ein beliebiger Träger in Sinn der vorgenannten Vorschriften aber weder ein Gerät noch ein Speichermedium und somit von dessen Herstellern, Importeuren und Händlern nicht zu vergüten. Nichts anderes ergibt sich auch aus Rdn. 19 ff. der von der Antragstellerin angeführten Entscheidung des EuGH in der Rechtssache C-433/20 (Austro-Me-

chana/Strato, a.a.O.). Der EuGH führt an dieser Stelle aus, dass ein Server, auf dem der Anbieter von Cloud-Computing-Dienstleistungen einem Nutzer Speicherplatz zur Verfügung stellt, ein beliebiger Träger i.S.d. Art. 5 Abs. 2 Buchstabe b) der Richtlinie 2001/29/EG ist. Dass der Anbieter von Cloud-Computing-Dienstleistungen deshalb verpflichtet ist, einen gerechten Ausgleich zu zahlen, ergibt sich daraus aber nicht. Entsprechendes gilt für die von der Antragstellerin angeführte Rdn. 35 der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache C-265/16 (Urteil v. 29. November 2017 - VCAST/RTI). Auch dort ging es (nur) um die Frage, ob die Vervielfältigung in einer Cloud eine gesetzlich erlaubte Nutzung ist, nicht hingegen auch um die Frage, ob und durch wen eine solche Nutzung zu vergüten ist. Aus diesem Grund kann der Antragstellerin auch nicht darin gefolgt werden, das Überlassen oder Zugänglichmachen von Speicherplatz durch den Anbieter von Cloud-Computing-Dienstleistungen begründe gerade dessen Pflicht zur Zahlung eines gerechten Ausgleichs (entgegen Rdn. 108 ff. des Schriftsatzes vom (...)). Wenn mittels Cloud-Computing-Dienstleistungen Privatkopien angefertigt werden können, müssen die Mitgliedsstaaten zwar zwingend einen gerechten Ausgleich der Rechtsinhaber vorsehen. Sie müssen hierzu aber nicht zwingend dem Cloud-Anbieter eine Vergütung auferlegen, sondern haben bei der Festlegung der verschiedenen Elemente des gerechten Ausgleichs ein weites Ermessen. Insbesondere bestimmen sie, welche Personen diesen Ausgleich zu zahlen haben, und legen dessen Form, Einzelheiten und Höhe fest (EuGH GRUR 2022, 558 Rn. 41 – Austro-Mechana/Strato m.w.N. zur ständigen Rechtsprechung).

Der deutsche Gesetzgeber zieht derzeit in Ausübung des ihm durch das Unionsrecht zugebilligten weiten Ermessens (nur) Hersteller, Importeure und Händler von Geräten und Speichermedien (vgl. § 54 Abs. 1, 54b Abs. 1 UrhG) sowie die Betreiber von Vervielfältigungsgeräten (vgl. 54c UrhG) als Schuldner einer Vergütung heran. Da der Nutzer einer Cloud-Computing-Leistung stets auch ein Endgerät – wie etwa PC, Tablet oder Smartphone – benötigt, um Privatkopien erstellen zu können, ist die Vergütung nach der deutschen Gesetzessystematik unter Anknüpfung an diese Geräte zu entrichten.

Dem steht auch nicht entgegen, dass die Vervielfältigung ggf. auf dem Server des Cloud-Anbieters vorgenommen wird und nicht auf dem Endgerät, mit dem die Vervielfältigung veranlasst wird. Denn das Gesetz knüpft die Vergütungspflicht in § 54 Abs. 1 UrhG lediglich daran, dass das betreffende Gerät als Typ zur Vornahme gesetzlich privilegierter Vervielfältigungen benutzt wird. Demgemäß hat der BGH auch für Scanner eine Vergütungspflicht angenommen, obwohl auch mit diesen Geräten die der Vorlage entnommene Information nicht gespeichert werden

kann (GRUR 2001, 246, 247 – Scanner – zu § 54a UrhG a.F.). Daher überzeugt auch der Einwand der Antragstellerin nicht, Vervielfältigungen von einer Cloud in eine andere Cloud oder Vervielfältigungen innerhalb einer Cloud könnten nicht sachgerecht erfasst werden. Denn diese Vervielfältigungen können aus den vorgenannten Gründen ohne Weiteres dem Gerät zugeordnet werden, mit dem sie bewirkt werden. Soweit die Antragstellerin einwendet, in diesen Fällen läge kein funktionales Zusammenwirken mit einem Gerät vor (Schriftsatz vom (...)), legt sie einen zu engen Maßstab an. Wie dargelegt setzt das Bestehen des Vergütungsanspruchs (lediglich) voraus, dass das Gerät als Typ zur Vornahme von privilegierten Vervielfältigungen benutzt wird (§ 54 Abs. 1 UrhG). Erst bei der Bestimmung der Vergütungshöhe von Geräten ist die Vergütung von mit diesen funktionell zusammenwirkenden Geräten oder Speichermedien zu berücksichtigen (§ 54a Abs. 2 Alt. 2 UrhG). Fallkonstellationen, in denen der Befehl, eine Vervielfältigung in einer Cloud vorzunehmen, nicht mit einem Gerät erteilt wird, sind der Schiedsstelle nicht bekannt. Wird der Befehl zur Vervielfältigung aber mit einem Gerät erteilt, liegt darin eine den Vergütungsanspruch begründende Nutzung des Geräts für privilegierte Vervielfältigungen.

g) Entgegen der Auffassung der Antragstellerin gebietet auch die Verpflichtung zur Gewährung eines gerechten Ausgleichs aus Art. 5 Abs. 2 Buchstabe b) der Richtlinie 2001/29/EG und die daraus resultierende Ergebnisspflicht nicht zwingend eine Auslegung dahin, dass es sich bei Clouds um Geräte oder Speichermedien handelt, die nach §§ 54 ff. UrhG gesondert zu vergütet sind.

Es ist vielmehr davon auszugehen, dass die von der Antragstellerin über die Vergütung verschiedener Geräte abgeschlossenen Gesamtverträge auch in Ansehung der damit bewirkten Vervielfältigungen in und von Clouds eine angemessene Vergütung vorsehen. Die den Gesamtverträgen insoweit zukommende Indizwirkung wurde von der Antragstellerin nicht widerlegt (nachfolgend (1)). Sofern der Antragstellerin die Widerlegung der Indizwirkung gelingt, müsste weiter geprüft werden, ob die im deutschen Recht derzeit vorgesehene Anknüpfung der Vergütungspflicht nur an Geräte und Speichermedien zu einer unionsrechtswidrigen Unterkompensation der Rechtsinhaber führt (unten (2)).

(1) Die Festsetzung einer Vergütung für Geräte oder Speichermedien in einem Gesamtvertrag kann einen gewichtigen Anhaltspunkt für die Angemessenheit dieser Vergütung bieten. Dies gilt insbesondere, wenn diese Verträge zwischen den Parteien des Verfahrens oder unter Beteiligung einer der Parteien geschlossen worden sind (BGH, Urteil v. 10. September 2020, I ZR 66/19, Rn. 20, GRUR 2021, 604 - Gesamtvertragsnachlass, m.w.N.). Dabei ist zu vermuten,

dass eine solche vereinbarte Vergütung eher der angemessenen Vergütung im Sinne von § 54a UrhG entspricht als eine Vergütung, die auf der Grundlage empirischer Studien errechnet worden ist (BGH, Urteil v. 16. März 2017, I ZR 36/15, Rn. 60 – Gesamtvertrag PCs).

Diese indizielle Wirkung der Gesamtverträge führt vorliegend dazu, dass die darin vereinbarten Vergütungen auch in Ansehung der mit den betreffenden Geräten bewirkten Cloud-Vervielfältigungen ein gewichtiges Indiz dafür bilden, was vernünftige Vertragspartner als Vergütung bzw. angemessenen Schadensausgleich für die betreffenden Geräte vereinbart hätten (vgl. zu diesem Maßstab OLG München, Urteil vom 14. April 2023, 38 Sch 46/19 WG, S. 16). Denn bei der Bestimmung der für die Geräte zu zahlenden Vergütung, die Cloud-Kunden zum Hoch- und Herunterladen in die bzw. aus der Cloud notwendigerweise nutzen – wie insbesondere PCs, Tablets und Smartphones –, kann ohne Weiteres berücksichtigt werden, dass und in welchem Umfang auch auf diesem Weg nach § 53 Abs. 1 und 2 oder den §§ 60a bis 60f UrhG erlaubte Vervielfältigungen angefertigt werden. Die Parteien der Gesamtverträge haben die jeweiligen Vergütungen in Kenntnis der Möglichkeit vereinbart, privilegierte Cloud-Vervielfältigungen mit den betreffenden Geräten anzufertigen und halten in Kenntnis der aktuellen Cloud-Nutzungen auch weiter an den Gesamtverträgen fest.

So wurde etwa bereits in der im Auftrag der Schiedsstelle im Verfahren Sch-Urh 91/12 über die Nutzung von Tablets im Jahr 2015 durchgeführten empirischen Untersuchung ausdrücklich nach Cloud-Vervielfältigungen gefragt. Auf die Fragen „Woher stammt der Inhalt?“ und „Wohin wurde der Inhalt gespeichert / gesendet?“ konnten die Befragten unter anderem „eigene Cloud (z.B. bei Dropbox, iCloud, Google Drive)“ oder „Cloud einer anderen Person, auf die der Befragte zugreifen darf (z.B. bei Dropbox, iCloud, Google Drive)“ antworten. Die Ergebnisse dieser Untersuchung waren der Antragstellerin und dem Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V. (BITKOM) bekannt, als sie im Dezember 2015 einen Gesamtvertrag zur Regelung der urheberrechtlichen Vergütungspflicht für Tablets abgeschlossen haben.

In der im Jahr 2011 im Auftrag der Schiedsstelle durchgeführten empirischen Untersuchung über die Nutzung von PCs wurde zwar nicht ausdrücklich nach der Nutzung dieses Gerätetyps für Cloud-Vervielfältigungen gefragt, wohl aber nach Vervielfältigungen auf „Externen Servern / Speicherplatz im Internet“. Somit wurde in der Studie auch die Vervielfältigung in Clouds abgefragt. Die Ergebnisse dieser Studie waren dem Bundesverband Computerhersteller e.V. (BCH)

sowie dem BITKOM einerseits und der Antragstellerin andererseits bei Abschluss der Gesamtverträge über die Regelung der Vergütungspflicht von PCs bekannt.

Auch soweit vor Abschluss eines Gesamtvertrages die Nutzung von Geräten zu privilegierten Cloud-Vervielfältigungen nicht in einer Schiedsstellenstudie empirisch ermittelt wurde, kommt den Gesamtverträgen indizielle Wirkung dahin zu, dass die darin vereinbarte Vergütungen auch in Ansehung privilegierter Cloud-Vervielfältigungen angemessen sind. Denn die Parteien dieser Gesamtverträge halten auch in Ansehung der Möglichkeit, die betreffenden Geräte für privilegierte Cloud-Vervielfältigungen zu nutzen und des regelmäßig von der Antragstellerin empirisch ermittelten Umfangs der tatsächlichen Nutzung zu diesem Zweck an den Gesamtverträgen und den darin vereinbarten Vergütungssätzen fest.

Die Antragstellerin hat auch im Hinblick auf neue Nutzungsformen zweifellos Kenntnis von dem veränderten Nutzungsverhalten und dem damit einhergehenden geänderten Privatkopierverhalten:

Sie trägt selbst in Verfahren vor der Schiedsstelle vor – u.a. zu dem behaupteten Rückgang der Zahl der Privatkopien infolge von Streamingangeboten –, dass sich die Marktteilnehmer über die veränderten Nutzungsformen vergütungsrelevanter Inhalte bewusst seien, die seinerzeit vereinbarten Vergütungssätze aber dennoch auch heute noch als angemessen ansähen, weshalb die Gesamtverträge unverändert fortbestehen (vgl. nur Schriftsatz vom (...) in Sch-Urh 37/22). Neue digitale Nutzungsformen führten im Ergebnis nicht zu einer Reduzierung der Privatkopieintensität, sondern zu neuen relevanten Vervielfältigungsformen, die durch die neue Technik erst entstanden seien. Die Antragstellerin schließt zwar aus der Festplattenstudie der Schiedsstelle aus dem Jahr 2016 mittels eines Vergleichs mit der PC-Studie aus dem Jahr 2011, dass die Privatkopieintensität von PCs sogar noch zugenommen habe und betont in diesem Zusammenhang: *„Mittels eines PCs/Notebooks können Vervielfältigungen nicht nur auf externe Festplatten, sondern auch auf andere Geräte und Speichermedien wie bspw. Smartphones, Tablets oder USB-Sticks erfolgen. Ebenso sind Vervielfältigungen in ein Heimnetzwerk oder eine persönliche Cloud möglich.“* Trotz dieser Feststellungen trägt die Antragstellerin weiter vor: *„Dass die tariflichen Vergütungssätze vor diesem Hintergrund auch weiterhin angemessen sind zeigt – wie bereits erwähnt – auch der Umstand, dass die Gesamtverträge im Jahr 2014 abgeschlossen sowie im Jahr 2016 nochmal bestätigt wurden, weiterhin Geltung haben und damit nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung (...) auch für den vorliegend streitgegenständlichen Zeitraum maßgeblich sind.“* (Schriftsatz vom (...), in Sch-Urh 37/22).

Dass die „klassischen“ Formen der privaten Vervielfältigung unter Verwendung altbekannter Geräte und Speichermedien abgenommen haben, gleichzeitig aber neue Formen der Privatkopien – wie die hier gegenständlichen Cloud-Vervielfältigungen – zu berücksichtigen seien, macht die Antragstellerin in gegen Vergütungsschuldner geführten Verfahren auch unter Vorlage eines Gutachtens geltend (Heine, Robert/Stang, Felix, „Privatkopie im digitalen Zeitalter“, vorgelegt als Anlage (...) im Verfahren Sch-Urh 37/22, online abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3753493). Diese Ausführungen der Antragstellerin zeigen, dass sie sich zur Rechtfertigung der gesamtvertraglich vereinbarten Vergütungssätze als nach wie vor angemessen unter anderen auch auf die hier in Rede stehenden Vervielfältigungen in Clouds stützt. Weil die Antragstellerin und ihre Gesamtvertragspartner in Ansehung des geänderten Vervielfältigungsverhaltens an den gesamtvertraglich vereinbarten Vergütungssätzen festhalten, wird deren Angemessenheit weiterhin indiziert.

Die Antragstellerin sieht sich auch nicht veranlasst, eine etwaige Reduzierung der vereinbarten Vergütungen für PCs, Tablets oder Smartphones insbesondere aufgrund des in den letzten Jahren unstreitig zugenommenen Streaming-Umfangs in Erwägung zu ziehen. Der BITKOM titelte am 1. Juli 2020 nach Durchführung einer Umfrage: „Verbraucher haben kaum noch Interesse an Privatkopien“ und führt diese Entwicklung darauf zurück, dass es für Musik und Videoinhalte eine Vielzahl an Streaming-Anbietern gebe, die Millionen Inhalte jederzeit und überall verfügbar machten. Hierdurch habe die Privatkopie ihre praktische Relevanz verloren (<https://www.bitkom.org/Presse/Presseinformation/Verbraucher-haben-kaum-noch-Interesse-an-Privatkopien>). Dies wird durch die vom Bundesverband der Musikindustrie regelmäßig veröffentlichten Statistiken zu den Umsatzanteilen aus dem Musikverkauf (physisch/digital) untermauert. Hiernach sind die Umsatzanteile des Audio-Streamings von 24,1% im Jahr 2016 auf 63,4% im Jahr 2020 bis hin zu 73,3% im Jahr 2022 gestiegen. Der digitale Download ist im selben Zeitraum vom 12,2% (2016) auf 4,2% (2020) bis hin zu 2,2% (2022) gesunken. Der Umsatzanteil aus dem Musikverkauf physischer Träger (CD-Alben, Vinyl-Alben, Musik-DVD Longplay, Blue-ray Video, sonstige) ist von 62,1% im Jahr 2016 auf 28,5% im Jahr 2020 und zuletzt 19,7% im Jahr 2022 gesunken (Statistiken abrufbar unter <https://www.musikindustrie.de/presse/presseinformationen/bvmi-marktdaten-2022> und aus den jeweiligen Jahrbüchern unter <https://www.musikindustrie.de/weiteres/publikationen/musikindustrie-in-zahlen-im-ueberblick>).

Mithin kann gegen die indizielle Wirkung der gesamtvertraglich vereinbarten Vergütung auch nicht mit Erfolg eingewendet werden, gegenüber dem Zeitpunkt des Abschlusses der Gesamtverträge hätte die Anzahl angefertigter privilegierter Cloud-Vervielfältigungen stark zugenommen. Denn ebenso wenig wie von der Antragstellerin in Anspruch genommene Vergütungsschuldner die Indizwirkung der von dieser geschlossenen Gesamtverträge durch den Einwand eines – insbesondere infolge zunehmender Streaming-Möglichkeiten – gegenüber dem Zeitpunkt des Abschlusses des Gesamtvertrages veränderten Privatkopierverhalten erfolgreich erschüttern können, kann die Antragstellerin sich erfolgreich auf eine verstärkte Nutzung von Cloud-Diensten berufen. Daraus, dass die sachkundigen Vertragsparteien der Gesamtverträge auch in Ansehung des aufgrund des technischen Fortschritts geänderten Privatkopierhaltens jeweils weiterhin an den Gesamtverträgen festhalten, folgt vielmehr, dass die darin vereinbarten Vergütungen den Schaden aus Sicht der Vertragsparteien weiterhin angemessen abbilden, der durch die nach §§ 53 Abs. 1 und 2 und 60a bis 60f UrhG erlaubten Nutzungen entsteht und somit weiterhin angemessen sind.

Zwar mag es zutreffen, dass die insgesamt auf und von Clouds vorgenommenen Vervielfältigungen seit dem Abschluss der Gesamtverträge zugenommen haben. Darauf kommt es aber nicht an. Denn eine *Erhöhung* der Vergütung wäre nur bei entsprechender Zunahme des Privatkopievolumens insgesamt zu rechtfertigen und setzt eine Gesamtbetrachtung des Privatkopieumfangs auch in Ansehung von neuen Nutzungsformen – vor allem auch des Streamings – voraus. Es ist daher vielmehr davon auszugehen, dass die Gesamtvertragsparteien in Ansehung sämtlicher neuer Nutzungsformen eine Erhöhung der Vergütung als nicht angemessen angesehen haben.

Dies deckt sich auch mit der Aussage des BITKOM, wonach „ein eventueller Schaden, der durch die Speicherung auf deutschen Cloudservern bei den Berechtigten entsteht, durch eine Vielzahl von Gesamtverträgen zu PCs, Tablets, Mobiltelefonen, Unterhaltungselektronik, Smartwatches, externe Festplatten, USB-Sticks, Speicherkarten, Rohlingen, etc. vollständig kompensiert bzw. überkompensiert wird, was in naher Zukunft überprüft werden sollte.“ (vgl. das im Schriftsatz der Antragstellerin vom (...) zitierte Schreiben des BITKOM vom (...)).

(2) Selbst wenn der Antragstellerin die Widerlegung der indiziellen Wirkung gelingen würde, wäre weiter der Frage nachzugehen, ob die derzeitige Anknüpfung nur an die Geräte, mit de-

nen Cloud-Vervielfältigungen erstellt bzw. bewirkt werden, tatsächlich zu der von der Antragstellerin behaupteten unionsrechtswidrigen Unterkompensation führt. Diese Frage lässt sich nur in umfassender Ansehung der Nutzung der betreffenden Geräte zu nach §§ 53 Abs. 1 und 2 und 60a bis 60f UrhG privilegierten Vervielfältigungen beantworten. Diese wäre deshalb zunächst empirisch zu ermitteln. Sodann müsste geprüft werden, ob sich in Anwendung der Vorgaben des § 54a UrhG eine Vergütung ergibt, die auch in Ansehung des den Mitgliedstaaten zustehenden weiten Ermessens keinen hinreichend gerechten Ausgleich der Rechtsinhaber gewährleistet.

Dies kann entgegen der Auffassung der Antragstellerin nicht ohne weiteres mit dem Argument unterstellt werden, die sich nach § 54a Abs. 1 bis 3 UrhG ergebende Vergütung müsse stets nach § 54a Abs. 4 UrhG „gekappt“ werden. Denn diese Annahme beruht auf dem von der Antragstellerin zu Grunde gelegten, höchstrichterlich aber bisher nicht bestätigten Berechnungsmodell. Bei dessen Überprüfung wäre insbesondere zu fragen, ob die Rechtsinhaber für die Einräumung des Rechts zur Nutzung der betreffenden Geräte zu privilegierten Vervielfältigung die von der Antragstellerin vor Anwendung des § 54a Abs. 4 UrhG ermittelte Vergütung hätten vereinbaren können (vgl. BGH, Urteil vom 19. November 2015, GRUR 2016, 792 Rn. 48 – Gesamtvertrag Unterhaltungselektronik).

Die Antragstellerin erhält Gelegenheit zur Stellungnahme innerhalb eines Monats.

(...)

(...)

(...)